



REPUBLIK ÖSTERREICH
BEZIRKSGERICHT DÖBLING

11 C 1021/12s - 26

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Obersteingasse 20-22
1190 Wien

Tel.: +43 (0)1 36003

noch nicht
rechtskräftig!

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bezirksgericht Döbling fasst durch die Richterin Dr. Brigitte Haas in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], vertreten durch Beneder Rechtsanwalts GmbH, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei **Martin KRAMER**, Friesoyther Straße 22, D-49681 Garrel, Deutschland, vertreten durch Dr. Albrecht Haller, Rechtsanwalt in Wien, wegen € 7.776,- s.A. nach öffentlicher und mündlicher Verhandlung

I. den Beschluss:

Die Einrede der mangelnden internationalen Gerichtsbarkeit wird **verworfen**.

II. erkennt zu Recht:

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei € 7.776,- samt 4% Zinsen p.a. ab 1.8.2012 zu bezahlen, sowie die mit € 3.852,52 (hierin € 529,48 USt und € 688,60 Barauslagen) zu ersetzen; all dies binnen 14 Tagen bei Exekution.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE UND BEGRÜNDUNG:

Mit seiner am 8.8.2012 eingebrachten Klage begehrte der Kläger wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte dazu zusammengefasst vor wie folgt:

Der Beklagte sei ein nicht protokollierter Unternehmer, der unter Pseudonymen, etwa „MK Telefongewinnspiel“, „Multi Katalog“ und „MK Sommerfahrt“ Gewinnspiele veranstalte und Gewinnzusagen an Privathaushalte verschicke. Seine unternehmerische Tätigkeit sei schon aus der Versendung dreier Gewinnzusagen an den Kläger innerhalb weniger Monate bzw. tausender Gewinnzusagen allgemein, der Anmietung eines Postfachs und dem ständigen Nutzen neuer Firmennamen offenkundig. Auch der mit Werbefahrten erzielbare, hohe Umsatz spreche für eine Qualifikation des Beklagten als Unternehmer. Er betreibe das Postfach 49 in 4780 Schärding. Dem Kläger habe der Beklagte insgesamt drei persönlich adressierte Gewinnzusagen geschickt. Die Gewinnzusage ./A (Titel: „Das Telefonbuch“, zugesandt im Frühjahr 2012) verspreche dem Kläger, eines von 50 Gewinnlosen über € 1.500,-- gewonnen zu haben, die Gewinner seien bereits ermittelt. In der Gewinnzusage ./B sage der Beklagte dem Kläger zu, er habe bei einem „Rätsel-Gewinnspiel“ € 3.000,-- gewonnen. Die Gewinnzusage ./D (Titel: „Halbtagsausflug in den Sommer 2012“, zugesandt im Sommer 2012) teile dem Kläger mit, er habe den zweiten Preis bei einem Gewinnspiel gewonnen, er erhalte € 3.000,-- „sofort in bar“. In jeder dieser unterschiedlich gestalteten Zusagen, die einem Durchschnittsverbraucher den Eindruck eines tatsächlichen Gewinns vermitteln, sei der Kläger auf eine als „Ausflugsfahrt“ getarnte Werbefahrt gelockt worden, auf der überpreisierte Waren verkauft würden. Den Gewinnzusagen seien Antwortkarten beigelegt gewesen, der Kläger habe die zur Gewinnzusage ./B gehörige Antwortkarte ausgefüllt und an das Postfach des Beklagten („Multi Katalog“, Postfach 49, 4780 Schärding) geschickt, um an einer Neujahrsreise am 1.2.2012 teilzunehmen, bei der er den versprochenen Gewinn erhalten sollte.

Obwohl der Kläger an dieser Werbefahrt teilgenommen habe, habe er keinen Preis erhalten, ihm seien lediglich zwei Kurzreisen zu € 276,-- verkauft worden. Obwohl auf den Belegen zu diesen Reisen vermerkt gewesen sei, dass keine Zusatzkosten anfielen und der Reiseternin flexibel sei, habe der Kläger per Post vereinbarungswidrig Änderungen des Reiseziels („Böhmen“ statt Prag), Vorschriften weiterer Kosten und fixe Reiseternine erhalten. Der Kläger habe dem Beklagten daher den Vertragsrücktritt erklärt und fordere, gestützt auf List („dubiose Verkaufsmethoden“), Irrtum, Schadenersatz und „jeden erdenklichen Rechtsgrund“, die € 276,-- zurück.

Da der Beklagte auch nach Mahnung die versprochenen Gewinne iHv insgesamt € 7.500,- nicht erstattet habe, begehre der Kläger, gestützt auf § 5j KSchG (hilfsweise auf „die Normen des ABGB, KSchG und UGB“), auch diesen Betrag. In Anwendung der von der Rsp aufgestellten Grundsätze habe der Kläger darauf vertrauen dürfen, dass er € 7.500,- gewonnen habe, deren Auszahlung nicht von weiteren Bedingungen abhängt. Ihm sei als Gewinner gratuliert worden, man habe sich auch auf bisherige Versuche, ihn vom Gewinn zu verständigen, bezogen. Der Beklagte habe zudem vorvertragliche Sorgfalts- und Aufklärungspflichten verletzt.

Zur Zuständigkeit führte der Kläger aus, dass der Beklagte sich durch die Gewinnzusagen rechtlich an einen Verbrauchervertrag gebunden habe, was ihm nach der Rechtsprechung des EuGH und des OLG Wien den Gerichtsstand des Verbrauchers nach Art. 16 Abs 1 EuGVVO eröffne. Alle wesentlichen Elemente des Sachverhaltes, wie etwa Gewinneindruck, Gewinnzusage, Druckausübung und Versendung der Gewinnzusagen seien in Österreich gelegen. Auch der Gerichtsstand nach Art 5 Nr. 1 und 3 EuGVVO stehe dem Kläger offen.

Da der Kläger dem Beklagten eine Zahlungsfrist bis zum 31.7.2012 gesetzt habe, begehre er Zinsen ab dem 1.8.2012.

Der Beklagte wandte zunächst die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts ein, bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach, beantragte Klagsabweisung und brachte dazu zusammengefasst vor:

Der Erfüllungsanspruch gemäß § 5j KSchG sei ein gesetzlicher, nicht-deliktiöser Anspruch, sodass die Gerichtsstände nach Art. 5 Nr. 1 und Nr. 3, sowie Art. 15 Abs 1 EuGVVO dem Kläger verwehrt seien. Der Beklagte sei überdies kein Unternehmer habe die Gewinnzusagen nicht versandt. Er trete nicht unter dem Namen „Multi Katalog“ auf und wisse nicht, wer die Gewinnzusagen verschickt habe. Daten über den Beklagten und das Postfach seien leicht zugänglich, sodass jedermann diese als Antwortadresse verwendet habe könne. Der Kläger habe weder an einer Werbefahrt teilgenommen, noch mit dem Beklagten einen Vertrag über eine Reise abgeschlossen. Eine irreführende Gewinnzusage liege außerdem nicht vor. Lege man diese nach den von der Rsp entwickelten Regeln aus, so käme man zum Ergebnis, dass der Gewinn verfallt, werde er nicht zu einem bestimmten Termin übergeben,

wodurch die Gewinne bloß aufschiebend bedingt zugesagt worden seien. Dies sei insbesondere in Bezug auf die erste Gewinnzusage deutlich lesbar im Text vermerkt worden. Der Kläger habe die Angebote, da er nicht an den Übergabeterminen teilgenommen habe, nicht annehmen können, sodass der Gewinn nicht fällig sei.

Aufgrund des mittels Einvernahme des Klägers (AS 88, PS 4 in ON 20) und des Beklagten (AS 127, PS 10 in ON 24) als Parteien, der Zeugen K. [REDACTED] (AS 113, PS 3 in ON 24), A. [REDACTED] (AS 116, PS 4 in ON 24) und H. [REDACTED] (AS 119, PS 6 in ON 24), sowie Einsicht in die vom Kläger (Gewinnzusage 1 ./A, Gewinnzusage 2 ./B, Annahme per E-Mail ./C, Gewinnzusage 3 ./D, Schreiben der Österreichische Post AG ./E, Mahnung des Klagevertreters ./F, Auszug „Gewinnbriefe-Wiki“ ./G, Impressum „Gewinnbriefe-Wiki“ ./H, Auszug Internetauftritt „Verein VPT“ ./I, Klagsrubrik für Versäumungsurteil des BG Favoriten ./J, Beschluss des BG Hernals ./K, Kopie der Beilage ./B mit Antwortkarte ./L) und vom Beklagten (Beschluss des BG Meidling ./1) vorgelegten Urkunden durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Der Kläger ist ein Verbraucher. Der Beklagte vermittelt in großem Umfang Kunden an Veranstalter von Werbefahrten oder führt diese Werbefahrten selbst durch. Er unterhält dazu zumindest eine Reihe von EDV-Betriebsmitteln, eine Beziehung zu einer Druckerei und setzt – zumindest zu Spitzenzeiten – Mitarbeiter ein. Er geht dieser Tätigkeit nach, um Gewinn zu erzielen.

Anfang des Jahres 2012 fand der Kläger, als er aus Salzburg in seine Wohnung in [REDACTED] Wien zurückkehrte, einen Brief in seinem Postfach vor. Dieser enthielt unter anderem folgende Angaben:

„!Achtung!, Letzter Zustellversuch.

Herzlichen Glückwunsch!

Auszahlung des 3. Preises 3.000,- Euro in bar.

Sehr geehrter Herr [REDACTED]

am 01.12.2011 haben wir unter Aufsicht das große Rätsel-Gewinnspiel für verschiedene Katalog-Firmen durchgeführt, wo Sie als Kunde gelistet sind. Auf Sie, Herr [REDACTED] fiel der 3. Preis. Somit wurden 3.000 Euro zur Auszahlung fällig!

Herzlichen Glückwunsch Herr [REDACTED]. Wir haben bereits vergeblich versucht, sie telefonisch sowie schriftlich zu erreichen, um Sie über Ihren Gewinn zu informieren. Leider kam der Brief mit dem Gewinn-Zertifikat und einem persönlichen Vermerk zurück. Adressfehler? Wollen Sie wirklich auf das Bargeld verzichten? Sie haben doch nichts zu verschenken Herr [REDACTED]? Da wir dieses Gewinnkonto aus Datenschutzgründen bald auflösen müssen, hat Frau Kolberg mich nun gebeten, Sie letztmalig schriftlich über Ihren 3. Preis zu informieren und Sie gleichzeitig zu einer wunderschönen Neujahrsfahrt am 01.02.2012 nach Bratislava einzuladen, damit wir Ihnen endlich Ihren 3. Preis aushändigen können. Der nominierte Bargeldgewinner, Herr [REDACTED] erhält garantiert 3.000 Euro in bar ausgezahlt. Zur Übergabe und Auszahlung haben wir für Sie und Ihre Gäste ein wunderschönes Tagesprogramm organisiert. Eine Zustellung ist leider nicht möglich. Zur Auszahlung benötigen wir dieses Schreiben und Ihren Personalausweis oder Reisepass (Wichtig!). Schicken Sie die unten abgebildete Antwortkarte am besten gleich heute ausgefüllt zurück.“

Das Schreiben enthielt neben diesen Angaben auch drei Piktogramme, worin Preise und deren vermeintliche Gewinner genannt wurden. Das dritte Feld lautete: „3. Preis 3.000,- EURO designiert für: [REDACTED]“. Eine Antwortkarte war als Teil des Schreibens ausgeführt, als Empfänger war „Multi KATALOG [Zeilenumbruch] (MK) [Zeilenumbruch] Endverlosung 2011“ schon eingetragen. Zudem enthielt diese noch eine Wahl der Abfahrthaltestelle zum Abholtermin und den Hinweis „Mitfahrt ab 21 Jahre. Barauszahlung oder Postversand leider nicht möglich. Änderungen vorbehalten. Aus Wettbewerbsgründen müssen wir leider eine Versicherungs- und Buchungsgebühr von drei Euro einheben.“(./B; ./L)

Die Angaben über gescheiterte telefonische und postalische Verständigungsversuche wirkten auf den Kläger plausibel, da er sich häufig in Salzburg aufhielt und die Postzustellung in seinem Rayon als allgemein unzuverlässig ansah. Er nahm an, dass dieses Gewinnspiel mit einer Bestellung bei „Quelle“ zusammenhänge, da der Empfänger der Antwortkarte das Wort „Katalog“ im Namen hatte und der Kläger bei „Quelle“ eine Waschmaschine gekauft hatte.

Der Kläger füllte die Antwortkarte zu dieser Gewinnmitteilung aus und übermittelte sie an „Multi Katalog“, Postfach 49, 4780 Schärding, im Begleitschreiben führte er aus, dass er die Einladung zur Neujahrsfahrt und Gewinnauszahlung annehme.

Später erhielt der Kläger eine weitere Gewinnzusage folgenden Inhalts:

„ 1.500,00 Euro stehen immer noch zur Auszahlung, Herr [REDACTED]“.

[...] Ich möchte heute letztmalig an mein vorangegangenes Schreiben erinnern, in dem ich Ihnen mitteilte, dass wir unter allen Einträgen aus ihrem örtlichen Telefonbuch ein Gewinnspiel durchgeführt haben. Aus Ihrer Region haben auch Sie mit Ihrer Telefonnummer teilgenommen. Es wurden unter vielen Sach- und Wertpreisen auch 50 Gewinnlose mit einer sensationellen Gewinnsumme von 75.000,00 Euro vergeben, bei denen es 1500,00 pro Person zu gewinnen gibt. Alle Gewinner dieser Preise sind, wie bereits mitgeteilt, ermittelt worden und die Preise stehen zur Ausgabe.

Sie Herr [REDACTED] sind immer noch einer der glücklichen Gewinner dieses Gewinnspiels! Nochmals herzlichen Glückwunsch! Gerne würde ich Ihnen den Gewinn in bar auszahlen. Um dies zu ermöglichen, möchte ich Sie ein letztes Mal am 04.06.2012 zur Gewinnübergabe nicht weit von Wien herzlich einladen. Hier werde ich allen Gewinnern den Gewinn in netter und bei ausgelassener Stimmung feierlich übergeben. Um Ihnen lange Anfahrtswege und Kosten zu ersparen, werde ich eine kostenlose Hin- und Rückfahrt für sie organisieren. Alles was Sie tun müssen ist, ihren Gewinn am 04.06.2012 bei uns abzuholen. Bitte Ihren Personalausweis nicht vergessen, sonst keine Auszahlung möglich. Für Ihr leibliches Wohl habe ich selbstverständlich auch gesorgt. Wir laden Sie zu kostenlosem Frühstück und Mittagessen ein. [...] Ich wünsche mir wirklich, dass Sie diese letzte Möglichkeit nutzen, sonst bin ich leider gezwungen, Ihren Gewinn neu zu verlosen.

Mit freundlichen Grüßen,

Christine Bachmann (Kundenservice)“

Das Schreiben enthielt ein freischwebendes Textfeld mit dem Inhalt „Gewinnübergabe an: [REDACTED] am 04.06.2012“.

Diesem Schreiben war eine abtrennbare Antwortkarte beigefügt, die an „MK [Zeilenumbruch] Telefongewinnspiel, Postfach 49, 4780 Schärding“ adressiert war. Als Absender der Antwortkarte schien der Kläger auf. (/A)

Schon nachdem das Verfahren gerichtsanhängig war, erhielt der Kläger eine weitere Gewinnzusage, dieses Mal mit folgendem wesentlichen Inhalt:

„Halbtagsausflug in den Sommer 2012 mit gratis Sonderleistungen für Sie zum Abholen. !Achtung! Letzter Zustellversuch Herr [REDACTED] gewinnen Sie am

28.06.2012 bis zu 3.000 €.

4.000,- € 1 Flugreise 1. Preis Ingeborg Leitner bereits übergeben.

3.000,- € sofort in bar 2. Preis [REDACTED] noch nicht ausgehändigt.

Sehr geehrter Herr [REDACTED] 2-ter und letzter Versuch! Ihre Gewinnbenachrichtigung, Herr [REDACTED] vom 19.12.2011 wurde fristgerecht zugeschickt. Leider haben Sie nicht reagiert, was uns sehr ungewöhnlich vorkommt. Wir glauben einfach nicht, dass sie auf Ihren 2. Preis verzichten wollen. Wir haben bereits vergeblich versucht Sie telefonisch zu erreichen. Für den Jahresabschluss 2011 müssen wir alle Preise ausgehändigt haben. Eine Zustellung ist nicht mehr möglich. Da wir am 28.06.2012 noch mal in Wien sind, um mit anderen Gästen unsere herrliche Sommerausflugsfahrt durchzuführen, haben Sie die Möglichkeit hier mitzufahren und ihren Gewinn bei uns abzuholen. Herr [REDACTED] als Gewinner kümmern wir uns um die Barauszahlung. Sie, Herr [REDACTED], haben bei uns garantiert gewonnen. Sie können noch bis zu 3 Personen mitbringen, die selbstverständlich auch alle aufgeführten Leistungen kostenlos erhalten!

Ihre Ursula Gelhaus [...]"

Diesem Schreiben beigelegt war, wie den beiden vorherigen Schreiben, eine Antwortkarte, diese war an „MK [Zeilenbruch] Sommerfahrt 2012, Postfach 49, 4780 Schärding“ adressiert. (/D) Auf dieses Schreiben antwortete der Kläger nicht. Der Kläger hatte bei Erhalt der Schreiben den Eindruck, tatsächlich etwas gewonnen zu haben, da er Bekannte hatte, die sogar weit höhere Summen bei Gewinnspielen gewonnen hatten und die Sendung persönlich an ihn adressiert war. Es schien ihm auch nicht abwegig, dass ein Unternehmen unter seinen Kunden Preise verlosen würde, setzte er doch die Gewinnspiele mit von ihm zuvor getätigten Bestellungen in Zusammenhang.

Diese Schreiben hatte der Beklagte dem Kläger zugesandt. Das Postfach Nr. 49 in 4780 Schärding gehörte damals dem Beklagten, die Post hieraus wurde an seine Adresse in D-49681 Garrel weitergeleitet.

Am 1.2.2012 holte ein Autobus den Kläger und seine Gattin aus der Billrothstraße in Wien ab. Der Busfahrer überprüfte die anwesenden Personen anhand einer Teilnehmerliste, auf der auch der Kläger vermerkt war. Der Kläger musste beim

Einsteigen in den Bus € 2,-- für eine „Reiseversicherung“ entrichten.

Der Autobus brachte die Teilnehmer in ein Restaurant am Stadtrand von Bratislava. Dort servierte man den Teilnehmern kostenloses Essen, die Getränke mussten sie selbst bezahlen. Im Restaurant standen Artikel zum Verkauf aus, Redner priesen verschiedene Produkte an. Als ein Teilnehmer einen der dort präsentierenden Mitarbeiter auf den Gewinn ansprach, kam es zu einer heftigen Diskussion; der Mitarbeiter verweigerte die Auszahlung von jeglichen Gewinnen.

In einem der Vorträge präsentierte eine nicht näher bekannte Person Reisen, der Kläger buchte für sich und seine Gattin Ausflüge nach Prag und Paris zu je vier Tagen je € 68,--, insgesamt daher € 276,--, den Zeitpunkt der Reise könne man später bestimmen, da solche Reisen wöchentlich stattfänden. Dem Kläger wurde ein Beleg über die Zahlung ausgestellt, auf dem auch ausgewiesen war, dass keine weiteren Kosten anfallen würden. Die Schrift auf dem Beleg war im Dämmerlicht des Restaurants nicht lesbar.

Der Kläger hatte den Eindruck, mit jener Person zu kontrahieren, die ihm auch die Werbefahrt vermittelt und den Gewinn versprochen hatte. Das von ihm ausgefüllte Bestellformular enthielt keinen Hinweis darauf, wer die Reise veranstaltete.

In der Folge erhielt der Kläger ein Schreiben von „Sonnenschein-Reisen“, worin ihn dieses Unternehmen aufforderte, eine Kautions zu erlegen, und ihm einen festen Termin für die Reise nannte. Das Unternehmen „Sonnenschein-Reisen“ war dem Klägern unbekannt, nach Recherche stieß er im Internet auf Erfahrungsberichte von Personen, die angaben, dass man von diesem Unternehmen nur zu einer weiteren Werbefahrt gebracht würde.

Diese Feststellungen beruhen auf nachstehender **Beweiswürdigung**:

Die Feststellungen zum Inhalt der Gewinnzusagen ergeben sich unstrittig aus den jeweils in Klammern genannten Urkunden. Die weiteren Feststellungen zur Vertragsbeziehung zwischen den Parteien beruhen auf den glaubwürdigen und mit den anderen Beweismitteln im Einklang stehenden Angaben des Klägers als Partei. Dieser schilderte im wesentlichen lebensnah und detailreich seine Wahrnehmungen; der Eindruck, den das erkennende Gericht von ihm gewann, entsprach dem Inhalt

seiner Schilderungen.

Die Feststellung, dass der Beklagte es war, der die Gewinnzusagen versandte, und die Feststellung, dass er dies mit einem Mindestmaß an unternehmerischer Organisation tut, beruhen auf den Angaben der Zeugen H [REDACTED] und A [REDACTED].

Der Zeuge A [REDACTED] legte, ohne eine Grund zur Lüge zu haben, dar, dass der Beklagte das Postfach 49 in Schärding während der gegenständlichen Periode gemietet hatte, dass ein Nachsendeauftrag von diesem Postfach nur persönlich unter Vorlage eines Ausweises oder in Ausübung einer Postvollmacht, die ebenso an einen persönlichen Auftrag des Berechtigten anknüpft, möglich ist und dass jemand einen solchen Nachsendeauftrag nach Garrel eingerichtet hatte. Zudem gab er an, dass die Briefe für das Postfach 49 aufgrund eines solchen Nachsendeauftrages an eine Adresse in Garrel weitergeleitet wurden und dass an diesem Postfach im Durchschnitt 40-50, an Spitzentagen bis zu 150 Sendungen pro Tag einlangten.

Die Aussage des Beklagten bestand nach Ansicht des erkennenden Gerichts primär aus Schutzbehauptungen. Der Beklagte konnte nicht glaubwürdig darlegen, warum ein Postfach, das nur er gemietet haben kann, auf den Antwortkarten genannt war. Er konnte nicht erklären, warum ein Nachsendeauftrag nach Garrel, wo er selbst wohnt, eingerichtet war. Er konnte schließlich auch nicht überzeugend darlegen, wie – wenn die Sendungen doch an das von ihm verwendete Postfach gerichtet waren – der Kläger auf die Fahrt eingeladen und als Teilnehmer erfasst worden war. Wäre das Postfach tatsächlich unbenutzt geblieben, wäre auch die Antwortkarte des Klägers ins Leere gegangen. Die Verwendung des Kürzels „MK“ in allen Sendungen trug ebenfalls dazu bei, das erkennende Gericht von der Urheberschaft des Beklagten zu überzeugen – dadurch dass die Antwortkarten mit einem Zeilenumbruch nach dem Kürzel „MK“ gekennzeichnet waren, ist offensichtlich dass „MK“ der Adressat und „Telefongewinnspiel“, „Multi KATALOG“ und „Sommerreise 2012“ Kennwörter waren. Da die Initialen des Postfachinhabers „MK“ lauten, bedarf es gewichtiger Gründe, um nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit dessen Urheberschaft anzunehmen. Mögen dem Gericht auch hauptsächlich Indizien vorliegen, können diese im Zusammenhalt zu keinem anderen Ergebnis führen, als zu dem, dass der Beklage selbst – allenfalls gemeinsam mit Komplizen und Gehilfen – diese Sendungen versandt und die Werbefahrten organisiert hatte. Der Vorhalt seiner Aussagen in früheren Verfahren war für die Beweiswürdigung nicht maßgeblich.

Aus der bloßen Menge der Zusendungen folgt, dass ein gewisser Grad unternehmerischer Organisation notwendig war, um diese Sendungen zu bearbeiten, waren doch an Spitzentagen – unter der Annahme einer Bearbeitungsdauer von nur 10 Minuten pro Postsendung – drei Manntage zu je 8 Stunden notwendig, um allein den Posteingang dieser Unternehmung zu bearbeiten. Zusammen mit der Vorbereitung von Werbesendungen, Verwaltung der Anmelde Listen, Verrechnung der Gewinne und Abwicklung der notwendigen Verträge mit Druckereien, Post, Busunternehmen, Datenhändlern, Werbepartnern und Kunden ist dieser Arbeitsanfall nicht ohne weiteres Personal und eine gewisse Organisation bewältigbar. Darauf weist auch die Verwendung von Kennwörtern zur Kategorisierung der Rücklaufpost hin. Die Zeugin H. [REDACTED] konnte darlegen, dass solche Werbefahrten üblicherweise mit zumindest einem Mindestmaß an Organisation verbunden sind. Die Gewinnerzielungsabsicht ist aus der Natur des Geschäfts offenkundig.

Rechtlich folgt aus dem festgestellten Sachverhalt:

Zur Zuständigkeit:

Der Anspruch nach § 5j KSchG ist nach der österreichischen Lehre und Rechtsprechung ein nicht-deliktscher, gesetzlicher Anspruch sui generis, der schon mit Zugang der verbotenen Gewinnzusage an den Konsumenten besteht (RIS-Justiz RS0123771).

Zunächst ist zur Frage der Zuständigkeit festzustellen, ob der Beklagte passiv legitimiert iSd Art. 15 EuGVVO ist (die Verbrauchereigenschaft des Klägers ist unstrittig). Es handelt sich hierbei um einen gemeinschaftsrechtsautonomen Begriff, der nicht dem Unternehmerbegriff des UGB und des KSchG entspricht (RIS-Justiz RS0065317[T5]), diesem jedoch sehr ähnlich ist (*Nemeth*, aaO Rz 15). Demnach ist Unternehmer, wer eine „berufliche oder gewerbliche Tätigkeit“ in den Wohnsitzstaat des Verbrauchers „ausrichtet“. Da nach den Kriterien des KSchG der Beklagte mit der festgestellten, organisierten, wirtschaftlichen Tätigkeit über zumindest mehrere Monate (Zeitraum des Versandes der Gewinnzusagen) jedenfalls Unternehmer ist, ist auch von einer gewerblichen Tätigkeit iSd Art 15. Abs 1 lit c. EuGVVO auszugehen.

Das Kriterium des „Ausrichtens“ ist hier unproblematisch, da der Beklagte aktiv in Österreich warb, indem er Gewinnzusagen nach Österreich versandte (*Nemeth*, aaO

Rz 40 mwN).

Die rechtliche Qualifikation des Anspruchs nach § 5j KSchG im Zusammenhang mit Art 15 EuGVVO ist bis heute Gegenstand einer heftigen Debatte in der Lehre (vgl etwa Kosesnik-Wehrle MGA-KSchG³ § 5j Rz 1 für zahlreiche Nachweise). Den letzten großen Schritt vollzog die Rechtsfortbildung durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Ilsinger*, C-180/06, hierin befand der Gerichtshof im wesentlichen, dass es zwei Fälle gibt, in denen ein isolierter (= nicht von einer Bestellung abhängiger) Anspruch nach 5j KSchG am Verbrauchergerichtsstand nach Art 16, 15 Abs 1 geltend gemacht werden kann, nämlich (EuGH 14.5.2009, C-180/06 *Ilsinger* Rn 60):

- wenn der Verbraucher tatsächlich einen Vertrag mit dem Unternehmer schloss, oder;

- der Unternehmer sich rechtlich (Rn 60) bzw. vertraglich (Rn 59) zur Auszahlung verpflichtet hat, indem er erklärte, zur Auszahlung des Preises ohne weitere Bedingungen bereit zu sein (Rn 55).

Der Oberste Gerichtshof setzte das Ergebnis dieser Vorlage um, indem er aussprach, dass eine *vertragliche* Bindung erforderlich ist, um den Gerichtsstand nach Art. 16, 15 Abs 1 lit c EuGVVO zu begründen (OGH 28.07.2010, 9 Ob 90/09i). Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der vertraglichen Bindung sei nicht anders zu interpretieren als nach inländischem Recht. In concreto kam der OGH zum Schluss, dass etwa eine Klausel in Gewinnspielbedingungen, die den Passus

„Die Ziehung wurde von unserem Versandhaus nach dem Zufallsprinzip durchgeführt. Bargeldpreise kommen als unterschiedliche Teilwerte zur Auszahlung. Der Gesamtbetrag wird unter allen eingesandten Auszahlungsbescheiden verteilt.“

enthalten, nicht in erforderlichem Maße den Bindungswillen des Erklärenden erkennen lassen. Diese – enge – Auslegung des Ergebnisses des Vorabentscheidungsverfahrens traf zum Teil auf Kritik in der Lehre (*Klauser, Kauft Kuckucksuhren! ecolex 2010, 941*). Beruhend auf der Entscheidung *Ilsinger* arbeiteten Stimmen in der Literatur aus, dass der EuGH auch einen *einseitigen* (Verbraucher-) Vertrag als Grundlage für die Zuständigkeit nach Art 15 EuGVVO sah (*Bach, Was ist wo Vertrag und was wo nicht?, IHR 2010, 17*

(25)). *Brenn* geht in seiner – vom OGH in der letztgenannten Entscheidung zitierten – Abhandlung davon aus, dass der Verbrauchergerichtsstand dem inländischen Kläger zur Verfolgung von Ansprüchen faktisch nicht mehr zur Verfügung stehen wird (*Brenn*, Endgültig kein Verbrauchergerichtsstand bei irreführenden Gewinnzusagen nach § 5j KSchG ohne Warenbestellung, ÖJZ 2009/92 (845)), zieht hier aber nur Fälle in Betracht, in denen der Unternehmer sich, wie im der Entscheidung zu 9 Ob 90/09i zugrundeliegenden Fall, durch Gewinnspielbedingungen gegen eine Verpflichtung absichert, die der hier festgestellte Sachverhalt jedoch nicht enthält. *Nemeth* schließt aus dieser Entscheidung, dass Fälle, in denen der Kläger nicht durch die Gewinnzusage getäuscht wurde, sondern die Täuschung nur zur Durchsetzung des Verbots derartiger Zusagen fingiert wird, nicht als einseitige Verpflichtung des Unternehmers aufgefasst werden kann (*Nemeth*, aaO, Rz 24 mwN). In einer Folgeentscheidung führte der OGH aus, dass die Anwendbarkeit des Verbrauchergerichtsstandes eine *ausreichend klare und bedingungslose Willenserklärung* des Unternehmers, die *auf Herbeiführung einer vertraglichen Bindung gerichtet ist*, erfordert (OGH 06.06.2013, 5 Ob 213/12b).

Auf eine ausführlichere Darstellung des vor *Ilsinger* geführten Diskurses wird hier verzichtet (vgl etwa *Feneyves*, § 5j KSchG im System des Zivilrechts, ÖJZ 2008/33, *Klauser*, Rechtsnatur von Gewinnzusagen, *ecolex* 2008, 997, *Nemeth* aaO jeweils mwN aus der Lehre). Auch die Frage der dogmatischen Einordnung des Anspruchs nach 5j KSchG ist, da die Voraussetzungen der Anwendung des Art 15 EuGVVO unabhängig davon dargelegt wurden, ohne Konsequenz.

Ob das Bezirksgericht Döbling seine Zuständigkeit (und folglich die Entscheidungsbefugnis inländischer Gerichte) auf Art 15 Abs 1 lit c stützen kann, hängt von der Frage ab, ob die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien hier erfüllt sind.

Alle drei Gewinnzusagen enthalten eine bedingungslose Bindung des Beklagten an die von ihm vorgegebene Auszahlungsverpflichtung. Sie sind persönlich an den Kläger, der auch im Fließtext mit seinem Namen angeschrieben wird, adressiert. Dem Kläger vermittelt das Schreiben mehrmals den Eindruck, dass er den Gewinn zu einem bestimmten Termin in Form von Bargeld abholen kann. Entgegen den

rechtlichen Ausführungen des Beklagten handelt es sich hierbei nicht um eine aufschiebende Bedingung; eine Person kann sich vertraglich verpflichten, eine Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort zu erbringen, ohne dass dies eine aufschiebende Bedingung begründet – es handelt sich höchstens um ein bindendes Termingeschäft.

Das Schreiben ./A lässt keinen Zweifel daran aufkommen, dass alle zur Ermittlung der Gewinner notwendigen Schritte bereits gesetzt wurden („Alle Gewinner [...] sind ermittelt worden“), es ist nur noch von einer „Gewinnübergabe“ die Rede.

Das Schreiben ./B begründet ebenso eine unbedingte Verpflichtung des Beklagten, indem der Verfasser dem Leser ausdrücklich mitteilt, dass „3.000,00 Euro zur Auszahlung fällig“ seien und „Der nominierte Bargeldgewinner, Herr [REDACTED] garantiert 3.000 Euro ausbezahlt erhalte“.

Das Schreiben ./D stellt zwei Gewinner gegenüber, eine vermeintliche Ingeborg Leitner, der eine Flugreise „bereits übergeben“ worden sei, und den Kläger, auf den ein Preis von € 3.000,-- „sofort in bar“ warte, der bloß „noch nicht ausgehändigt“ sei. Zudem teilt der Verfasser mit, der Kläger habe „garantiert gewonnen“: Einen anderen Eindruck, als dass hier eine Verpflichtung des Verfassers zur Auszahlung begründet ist, kann der Leser gar nicht gewinnen.

Die Schreiben enthalten als einzige mögliche Einschränkung der Zahlungsverpflichtung den Hinweis „Barauszahlung oder Postversand leider nicht möglich. Änderungen vorbehalten“ auf den Antwortkarten. Dies kann jedoch im Zusammenhalt mit dem Rest der Urkunde nur so gedeutet werden, dass *Sachpreise* nicht in bar ausbezahlt werden können und etwa Termin und Ort der Übergabe sich ändern könnten. Dafür spricht auch die Position des Vermerks auf der Antwortkarte, ein durchschnittlicher Verbraucher würde daraus nicht schließen, dass fraglich ist, ob der Preis ausbezahlt werden wird.

Der Gerichtsstand nach Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO steht dem Kläger daher schon deswegen offen, weil der Beklagte sich mit seiner Gewinnzusage ausdrücklich binden wollte.

Doch auch das zweite mögliche Anknüpfungskriterium, der tatsächliche Vertragsabschluss, ist hier zweifach erfüllt. Der Kläger hat durch die Gewinnzusage einen Pauschalreisevertrag (unzweifelhaft eine Reise über mehrere Nächte, bei der

„keine weiteren Kosten“ anfallen, vgl *Nemeth* aaO Rz 49 auch dazu, dass die Vermittlung einer Reise nicht der Ausnahme des Art 15 Abs 3 EuGVVO unterliegt) abgeschlossen.

Dass er diesen erst bei der Werbefahrt abschloss, ändert hieran nichts: Der EuGH knüpft zur Begründung des Verbrauchergerichtsstands daran an, dass die vom Unternehmer eingesetzte verbotene Werbemaßnahme ihm zum gewünschten Vertrag verhalf. Um eine „Häufung der Gerichtsstände“ zu vermeiden, sei es notwendig, dass ein zur Entscheidung über den Vertrag selbst berufenes Gericht auch über den damit zusammenhängenden Anspruch nach § 5j KSchG entscheidet, zudem sei der Anspruch nach § 5j KSchG mit dem Vertrag untrennbar verbunden (EuGH 11.7.2002, C-96/00, *Gabriel*, Rn 54, 58; aufrechterhalten in *Ilsinger*, Rn 44).

Der Kläger hat mit dem Beklagten einen Reiseveranstaltungsvertrag abgeschlossen. Dem Kläger wurde beim Ausfüllen des Bestellformulars nicht mitgeteilt, mit wem er einen Vertrag abschließen sollte. Ein Stellvertretungsfall ist hier offensichtlich, da auch ein durchschnittlicher Kunde nicht annehmen kann, bei Abschluss eines Reiseveranstaltungsvertrages mit dem Angestellten, der das Formular ausfüllt, in ein Vertragsverhältnis zu treten. Es ist weder vorgebracht noch festgestellt, dass dem Kläger bei der Werbefahrt offengelegt wurde, mit wem er kontrahiert. Daher konnte der Kläger annehmen, mit jenem Vertragspartner zu kontrahieren, der ihn angeschrieben hatte: „MK“, dem Inhaber des Postfachs 49 in Schärding. Der Beklagte haftet jedoch selbst als Nicht-Vertragspartner für den Abschluss des Reiseveranstaltungsvertrages, da er diese dem Kläger zumindest durch von der Rechtsordnung missbilligte Werbemaßnahmen vermittelt hat (vgl zur Haftung eines Reisevermittlers RIS-Justiz RS0029650). Da die Parteien aufgrund der Gewinnzusage einen Vertrag schlossen, rechtfertigt dieser den Gerichtsstand nach Art 16, 15 Abs 1 lit c EuGVVO.

Die Parteien haben mit Zugang der Antwortkarte an den Beklagten einen Werbefahrtvertrag abgeschlossen. Dieser enthält als atypischer Vertrag Elemente eines (seinerseits aus Miet-, Kauf-, Werk- und Dienstleistungsvertrag gebildeten, vgl *Limberg*, Wenn Weintrinker Weinen... Zak 2007/732) Bewirtungsvertrages und eines Beförderungsvertrages. Es handelt sich zwar um einen Vertrag, der auch ein Beförderungselement enthält, es überwiegt jedoch der Zweck der Bewirtung vor Ort – darin liegt sowohl das Hauptinteresse des Veranstalters, der nur anlässlich der

Bewirtung seine Waren bewerben kann, als auch des Teilnehmers, dem gleichgültig sein wird, ob das Gasthaus, in dem die Veranstaltung stattfindet, in Wien oder vor Bratislava liegt. In der Literatur vertritt etwa *Nemeth* (aaO Rz. 49), dass nur *reine* Beförderungsverträge der eng auszulegenden Ausnahmebestimmung des Art 15 Abs 3 EuGVVO unterliegen. Dieser Vertrag bietet somit eine dritte Grundlage, auf die der Kläger den Gerichtsstand nach Art 16 EuGVVO stützen kann.

Dies betrifft alle drei Gewinnzusagen. Im Sinne der vom EuGH in *Gabriel* und *Illsinger* eingeforderten Häufung der Gerichtsstände ist es geboten, alle mit dem Vertrag im Zusammenhang stehenden Werbemaßnahmen vor demselben Gericht abzuhandeln – verschickt ein Unternehmer mehrere Schreiben, von denen eines schließlich den Konsumenten überzeugt, ist einerseits häufig nicht feststellbar, welches zum Vertragsschluss führte, und steht andererseits die Gesamtheit der gleichartigen Werbemaßnahmen letztlich in einem engen Zusammenhang mit dem vom Verbraucher geschlossenen Vertrag.

Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass Art 16 iVm Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO die inländische Gerichtsbarkeit begründen. Die Einrede der mangelnden inländischen Gerichtsbarkeit war zu verwerfen.

Zur Hauptsache

Gemäß § 5j KSchG sind Unternehmer, die Gewinnzusagen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, dass der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, verpflichtet, diesen zu leisten.

Aus dem festgestellten Sachverhalt sind Unternehmereigenschaft (dazu auch oben) des Beklagten, Verbrauchereigenschaft des Klägers und die Tatsache, dass die Gewinnzusagen an den Kläger selbst adressiert waren, unstrittig.

Die Gestaltung der Gewinnzusage muss den Eindruck erwecken, der Kläger habe einen bestimmten Preis gewonnen. Nach der Rechtsprechung ist hierfür ein verständiger Verbraucher der anzulegende Maßstab. Hielte dieser anhand der Gewinnzusage einen Gewinn zumindest für ernstlich möglich, so kann er vom Unternehmer die Zahlung fordern (*Kosesnik-Wehrle* MGA-KSchG³ § 5j Rz 3).

Anhand des schon zur Bestimmtheit des Angebots Gesagten ist klar, dass auch

ein verständiger Verbraucher bei allen drei Gewinnzusagen aufgrund deren Gestaltung und der Verwendung von Begriffen wie „garantierter Gewinn“ und der persönlichen Ansprache einen Gewinn für ernstlich möglich gehalten hätte. Die vorliegenden Schreiben bilden den vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Fall einer irreführenden Gewinnzusage geradezu beispielhaft ab.

Der Beklagte ist daher schuldig, gemäß § 5j KSchG den geforderten Betrag unabhängig vom anwendbaren Recht (RIS-Justiz RS0121014) zu entrichten.

Auf den zwischen den Parteien geschlossenen Pauschalreisevertrag (festgestellt ist, dass für die viertägige Reise keine weiteren Kosten anfallen werden – anderes als eine Pauschalreise ist nicht denkbar, auf eine weitwendige Erörterung dieser Frage wird verzichtet) ist, da der Kläger Verbraucher ist, gemäß Art 6 Abs 1 lit b Rom-I-VO österreichisches materielles Recht anwendbar. Dazu, dass der Beklagte seine Tätigkeit zumindest nach Österreich ausgerichtet hat, siehe oben zur Zuständigkeit.

Die Streitteile schlossen den Vertrag. Dafür, dass die auf der Werbefahrt auftretende Mitarbeiterin den Beklagten verpflichten konnte, spricht schon der Rechtsschein (§ 1029 ABGB), den er durch das Versenden der Gewinnzusagen unter einem Pseudonym schuf (vgl RIS-Justiz RS0020145). Der Kläger konnte – mangels Bekanntgabe eines anderen Vertragspartners – darauf vertrauen, dass er mit derselben Person kontrahierte, die ihm die Werbefahrt vermittelt hatte.

Der Kläger wurde nicht über sein Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG belehrt. Er ist daher gemäß § 3 Abs 2 KSchG berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, der auf einer Werbefahrt abgeschlossen wurde – die Frist des § 3 Abs 1 KSchG konnte noch nicht zu laufen beginnen. Gemäß § 1435 ABGB ist der Beklagte verpflichtet, die vom Kläger geleistete Anzahlung zurückzuerstatten, da der Vertrag durch Rücktritt aufgehoben wurde. Der Kläger hat sich in seinem Schriftsatz allgemein auf die Bestimmungen des KSchG berufen, sodass das Vorliegen der Voraussetzungen des Rücktritts nach § 3 KSchG den Beklagten nicht überraschen konnte.

Die Kostenentscheidung gründet in § 41 ZPO. Die Zeugenbekanntgabe im Schriftsatz vom 12.2.2013 wäre schon mit Schriftsatz vom 15.11.2011 möglich gewesen. Die Urkunde ./B hätte der Kläger schon ursprünglich vollständig vorlegen müssen (§ 281 Abs 1 ZPO), sodass die Korrektur der ursprünglich unvollständigen Vorlage nicht zu honorieren ist. Das Kostenbegehren des Klägers war daher um einen

Schriftsatz nach TP2 RATG auf Basis des Streitwertes von € 7.776,-- (€ 129,20) und den zugehörigen ES (60%, € 77,52), sowie USt (20%, € 41,35) und die ERV-Zulage (€ 1,80) zu kürzen.

Bezirksgericht Döbling, Abteilung 11
Wien, 25. Juli 2013
Dr. Brigitte Haas, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG